

## 証拠排除の基準

### The Criteria for Excluding the Illegally Obtained Evidence

博士後期課程 公法学専攻 2009年度入学

守 田 智 保 子

MORITA Chihoko

#### 【論文要旨】

違法に得られた証拠被告人の有罪立証のため公判廷で使用することが、許容されるべきか否かという問題は、我が国において、長く議論の対象とされてきた。学説は、概ね、そのような証拠、いわゆる違法収集証拠は排除すべきであるという立場にあったが、実際に、最高裁がその問題に決断を下し、排除法則の採用を明言したのは、昭和53年のことであった。それから25年の歳月を経て、我が国の最高裁は、初めて証拠排除に至った。昭和53年、最高裁が証拠排除の要件として挙げた「違法の重大性」と「排除相当性」を満たすか否かという判断に際して考慮されてきた要素は様々であり、その判断枠組みは明らかであるとは言えない。しかし、実際に証拠排除をするにあたっては、この判断枠組みが重要である。そこで、本稿においては、違法収集証拠の排除について争われた最高裁のケースを検討し、証拠排除の要件を考慮する際の判断枠組みを明らかにすることを試みる。

【キーワード】 違法収集証拠，排除法則，違法の重大性，排除相当性，最高裁平成21年9月28日決定

#### はじめに

違法に得られた証拠は、被告人の有罪立証のために公判廷での使用が、許容されるべきか否か。我が国においては、現行刑事訴訟法への改正の後、この問題が、長く研究対象となってきた。それは、アメリカにおいて、「違法収集証拠排除法則」として判例のなかで発展してきた理論を基礎として、議論された問題である。このアメリカ判例における理論の展開を参考として、我が国におい

ては、アメリカと同様に、違法収集証拠排除法則の採用を肯定する立場が優勢となっていた。そして、我が国の最高裁は、昭和53年に、この排除法則の採用を明言した。ところが、我が国において実際に排除法則が適用され証拠が排除されるまでは、長い年月を待たねばならなかった。最高裁が、証拠排除に踏み切ったのは、平成15年のことであったので、25年の歳月をかけたということになる。その25年もの間、最高裁は、排除法則を適用する際の要件について、いくつかの言及を重ねてきた。その要件に従って、最高裁平成15年2月14日判決は、証拠の排除を行ったのであった。その後、5年以上が経過したが、再び最高裁において証拠排除がなされた例はない。平成15年の判決で、曖昧であった要件が具体化された様相を帯びたように思われたものの、再び、証拠排除を行わないとした最高裁判例を検討すると、いまだにその要件は明確化されていないように考えられる。しかし、排除法則を実際に適用するにおいては、この要件こそが重要なのである。そこで本稿においては、実際に証拠排除が行われた後の最高裁判例を検討し、証拠排除の要件を考慮する際の判断枠組みを明らかにすることを試みる。

## 1. 違法収集証拠排除法則の根拠

排除法則の要件を明らかにするためには、排除法則自体の根拠についての検討を避けることはできない。そこで、まずは、我が国における最高裁の立場を確認する。

我が国においては、違法に得られた証拠について、かつては、証拠物の証拠としての価値に重点を置いており、「押収物は押収手続が違法であっても、物其自体の性質、形状に変更を来す筈がないから其形状等に関する証拠たる価値に变りない<sup>1)</sup>」という見解であった。いわゆる、証拠能力肯定説の立場である。その一方で、学説は、アメリカ連邦最高裁の判例を研究し、それに影響を受けながら、証拠能力否定説の立場の論者が増えるという傾向にあった。証拠能力否定説の立場から、排除法則を肯定する根拠には様々な言及がされたが、しかし、我が国の憲法においても、刑事訴訟法においても、条文上に決定的な文言を有しないということから、そもそも、実際に排除法則を採用しうるか否かということや、採用しうるとした場合の根拠はなにかということ、こういった問題についての最高裁による判断が待たれていた。

学説においては、排除法則を肯定する論者も多く、そして、下級審においても証拠排除が支持されるという流れから<sup>2)</sup>、最高裁は、昭和53年9月7日判決<sup>3)</sup>において、排除法則の適用を認めたのであるが、このとき、排除法則の根拠について、次のように述べたのであった。

<sup>1)</sup> 最高裁昭和24年12月13日第三小法廷判決（刑事裁判集15号349頁）。この箇所は傍論であるはあるものの、当時の最高裁の立場を明らかに述べているものと考えられる。

<sup>2)</sup> 学説が、排除法則の採用を支持するなか、実務においても、下級審が証拠排除の判断をすることが次第に増えていった。例えば、大阪高裁昭和31年6月19日判決（高刑特報3巻12号630頁）、東京高裁昭和41年5月10日判決（高刑集19巻3号356頁）、横浜地裁昭和43年12月12日判決（下刑集10巻12号1207頁）、横浜地裁昭和45年6月22日判決（刑裁月報2巻685頁）等、多くある。なお、拙稿「違法収集証拠排除法則の根拠—最高裁判例と下級審裁判例からの考察—」法学研究論集第32号209頁参照。

「違法に収集された証拠物の証拠能力については、憲法及び刑訴法になんらの規定もおかれていないので、この問題は、刑訴法の解釈に委ねられているものと解するのが相当であるところ、刑訴法は、『刑事事件につき、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現することを目的とする』（同法1条）ものであるから、違法に収集された証拠物の証拠能力に関しても、かかる見地からの検討を要するものと考えられる。」

従って、我が国においては、最高裁は、排除法則の根拠を憲法に求めないという立場を明らかにしたのであった。この点に関しては、それまで蓄積されてきた下級審における排除法則の根拠に関する判断の多くとは異なるものであったこともあり、学説においても、異論が多くあった。「我が国でも憲法論の余地を残しておいた方が賢明ではなかったかと思う。」<sup>4</sup>と田宮博士が述べたほか、憲法の解釈から導き出すべきであったと批判するむきも多かったのである<sup>5</sup>。

最高裁は、このように、法的根拠については、刑訴法上の問題であると示したが、排除法則採用に至るまでの実質的根拠については詳細に述べていない。一方、学説においては、これまで、「捜査機関によって得られた証拠の証拠能力を否定することが、捜査機関による違法手続を防遏するのに有効な殆ど唯一の方法である」<sup>6</sup>として違法捜査の抑止効と、「捜査機関によって違法に収集された証拠を裁判所が受理することは、その違法行為を裁判所が引き継ぐことになって、全体として司法の廉潔性が害される」<sup>7</sup>として司法の廉潔性保持という二つの根拠が挙げられてきた<sup>8</sup>。これら二つの根拠は、アメリカ判例に影響を受けたものであるが、アメリカにおいては、抑止効に重点が置かれる傾向となっており、近時は、司法の廉潔性はその陰に隠れているといっても過言ではな

<sup>3</sup> 最高裁昭和53年9月7日第一小法廷判決（刑集32巻6号1672頁）。検察官による、原审の証拠能力を否定する判断は、憲法35条の解釈を誤り、かつ、判例違反であるという主張に対し、最高裁は、このうち憲法違反をいう点は、単なる法令違反の主張に帰するものであって、適法な上告理由にあたらないとした。また、判例違反をいう点については、引用された最高裁昭和24年12月13日第三小法廷判決は、証拠収集手続に極めて重大な違法がある場合にまで証拠能力を認める趣旨のものではないと解されるので、本件の証拠収集手続には極めて重大な違法があるとして証拠物の証拠能力を否定した原审の判断は、判例違反ではなく、これも適法な上告理由にあたらないとした。そのうえで、職権により本件証拠の証拠能力について判断をした。

<sup>4</sup> 田宮裕「違法収集証拠の排除法則に関する新判例」『刑事手続とその運用—刑事訴訟法研究(4)』（有斐閣、1990）73頁。

<sup>5</sup> 光藤景皎・判例評論251号45頁、三井誠「所持品検査の限界と違法収集証拠の排除（下）」ジュリスト680号107頁など。また、最高裁が排除法則の採用を明言したこと自体に反対するものとして、河上和雄「違法収集証拠の証拠能力」研修364号65頁がある。ただし、「…本判決は、職権調査の冒頭部分で、違法収集証拠の証拠能力について憲法、刑訴法に規定がないので、この問題は刑訴法の解釈に委ねられているとするが、これは正確には憲法と刑訴法の解釈ないし憲法の関連規定を念頭においた刑訴法の解釈に委ねられているというべきであろう。しかし、この関連で刑訴法1条を解釈の指針としてとりあげ、刑訴法の任務が刑罰法令の適用実現手続による公の秩序の維持であり、事案の真相究明のためには押収手続が違法であっても物それ自体の性質・形状に変異をきたすことのない証拠物の価値を全面に打ち出した点は高く評価できる。」という評価をしている。

<sup>6</sup> 光藤『口述刑事訴訟法中〔補訂版〕』（成文堂2005年）154頁。

<sup>7</sup> 光藤・前掲注釈6、154頁。

い<sup>9</sup>。その傾向に倣ってか、我が国の最高裁も、違法捜査の抑止を強調したようである。ただし、この抑止効は根拠としてではなく、要件に関するものとして述べられた。その理由は明らかに述べられてはいない。

## 2. 違法収集証拠排除法則の要件

ともかくも、排除法則の採用を明言した最高裁によって、排除法則の法的根拠は刑訴法の目的の見地から求められるものであるとされたのであるから、この見地から、排除法則適用の要件を検討しなければならない。同じく昭和53年9月7日判決においては、要件について、次のような言及があった。

「刑罰法令を適正に適用実現し、公の秩序を維持することは、刑事訴訟の重要な任務であり、そのためには事案の真相をできる限り明らかにする必要があることはいうまでもないところ、証拠物は押収手続が違法であつても、物それ自体の性質・形状に変異をきたすことはなく、その存在・形状等に関する価値に变りのないことなど証拠物の証拠としての性格にかんがみると、その押収手続に違法があるとして直ちにその証拠能力を否定することは、事案の真相の究明に資するゆえんではなく、相当でないというべきである。しかし、他面において、事案の真相の究明も、個人の基本的人権の保障を全うしつつ、適正な手続のものでなされなければならないものであり、ことに憲法35条が、憲法33条の場合及び令状による場合を除き、住居の不可侵、搜索及び押収を受けることのない権利を保障し、これを受けて刑訴法が搜索及び押収等につき厳格な規定を設けていること、また、憲法31条が法の適正な手続を保障していること等にかんがみると、証拠物の押収等の手続に、憲法35条及びこれを受けた刑訴法218条1項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でない認められる場合においては、その証拠能力は否定されるものと解すべきである。」

この箇所から明らかにされたのは、排除法則の要件として、最高裁は、令状主義の精神を没却するような重大な違法があること—いわゆる「違法の重大性」—、そして、証拠として許容すること

<sup>8</sup> 平野龍一「証拠排除による捜査の抑制」刑法雑誌7巻2・3・4合併号、団藤重光『新刑事訴訟法〔第七訂版〕』（創文社、1967）271頁以下、田宮裕『捜査の構造』（有斐閣、1971）306頁以下など参照。同様の理解をするものとして、三井誠「違法収集証拠の排除〔1〕」法学教室263号150頁、虫明満「所持品検査と違法収集証拠の排除—昨年の二つの最高裁判決を素材として—」法政論集80号352頁以下。

<sup>9</sup> 特に、アメリカ判例においては、排除法則の根拠として抑止効を挙げているが、排除法則を適用するか否かの判断にあたっては、抑止効が有効に働き得るか否かに着目がされている。排除法則の根拠として、Mapp判決（Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961)）は、排除法則を修正条項の本質的部分としたが、その後の連邦最高裁は、排除法則の根拠について、司法による創造物に過ぎないとして、その抑止効という点を強調しながら、抑止という効果が低い場合には、排除法則の適用を妨げるという理解を示すようになった。Calandra判決（United States v. Calandra, 414 U.S. 338 (1974)）は、排除法則の目的としての抑止効を強調し、Tucker判決（Michigan v. Tucker, 417 U.S. 433 (1974)）は抑止が達成されないで排除法則を適用しないと結論づけた。その後、この抑止効と排除のコストの比較衡量の結果、コストが勝る場合には証拠排除がなされないとする判例は続いている。

が将来における違法捜査の抑制の見地から相当でないこと—いわゆる「排除相当性」—という二点を挙げたということであった。これらの二要件の関係について、その理解には異なった立場がある。ひとつは、重疊説であるが、この立場は、両方の要件を満たせば、証拠排除に至るという理解をしている<sup>10</sup>。もう一方は、競合説であり、両要件は、競合的ないし並行的な関係にあると考え、どちらかの要件を満たせば、証拠排除に至ると解するものである<sup>11</sup>。

理解が困難であると考えられるのは、後者の「排除相当性」という要件であろう。排除相当性については、将来の違法捜査抑制の見地から判断されるということであり、いわゆる「抑止効」が問題とされているように考えられる。ところが、この「抑止効」は、我が国の学説において、アメリカ判例に影響を受けながら、排除法則の実質的根拠と考えられてきたものであるので、これを要件と解することにも、多少の疑問がある。また、この排除相当性の要件を満たすか否かの判断にあたって、最高裁が考える要素となるものは何であるかが明らかにされていないため、疑問とされている<sup>12</sup>。

この後に、最高裁によって、証拠排除が争われたケースを扱うことが若干増えたことにより、この要件についても、多少の言及がなされるようになった。特に、昭和61年4月25日判決<sup>13</sup>においては、要件を検討する上での枠組みが示された。このケースは、捜査官が被告人宅へ立ち入り、その後の任意同行及び警察署への留め置きが任意捜査の域を逸脱したと考えられたものの、それに続く採尿手続については、違法性を帯びると評価されるが、強制されたわけではないので、この採尿の結果としての鑑定書は証拠排除されないと判示されたものである。この鑑定書について、証拠の許容性を認めるにあたって、最高裁は、次のように述べた。

「本件においては、被告人宅への立ち入り、同所からの任意同行及び警察署への留め置きの一連の手続と採尿手続は、被告人に対する覚せい剤事犯の捜査という同一目的に向けられたものであるうえ、採尿手続は右一連の手続によりもたらされた状態を直接利用してなされていることにかんがみると、右採尿手続の適法違法については、採尿手続前の右一連の手続における違法の有無、程度をも十分考慮してこれを判断するのが相当である。そして、そのような判断の結果、採尿手続が違法であると認められる場合でも、それをもつて直ちに採取された尿の鑑定書の証拠能力が否定されると解すべきではなく、その違法の程度が令状主義の精神を没却するような重大なものであり、右鑑定書を証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でない」と

<sup>10</sup> 田宮裕『刑事訴訟法（新版）』（有斐閣，1996）403頁参照。田宮博士は、「違法が重大である以上、排除の必要は当然肯定されるので、ほとんど同義反復以上の意味をもちえない」とされている。おなじく重疊説をとるものとして、石井一正「違法収集証拠の基準」判例タイムズ557号9頁、三井誠「所持品検査の限界と違法収集証拠の排除」ジュリスト680号110頁、川出敏裕「いわゆる『毒樹の果実論』の意義と妥当範囲」松尾浩也先生古稀祝賀論文集下巻（有斐閣，1998）530頁。

<sup>11</sup> 井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』（弘文堂，1985）556頁、田口守一『刑事訴訟法〔第五版〕』（弘文堂，2009）339頁参照。

<sup>12</sup> 光藤・前掲注釈6，156頁。

<sup>13</sup> 最高裁昭和61年4月25日第二小法廷判決（刑集40巻3号214頁）。

認められるときに、右鑑定書の証拠能力が否定されるというべきである。」

ここから、排除の要件を判断する際には、証拠を獲得する手続以前の、捜査官の一連の違法な行為が、「同一目的」に向けられたものであり、また、その行為が「直接利用」されているということが考慮されるべきであるとされた<sup>14</sup>。この「同一目的」と「直接利用」は、先行手続と証拠獲得手続との間の、「因果関係」の有無を問うものであると考えられる。先行手続と証拠獲得の手続との間の因果関係がある場合には、証拠の排除が考慮されるというように、排除法則が適用される場合が広げられたと解することができる<sup>15</sup>。

そうであるとしても、排除法則は、実際に適用されることなく、争われた証拠が許容されるという判例が蓄積されてきた。これらのケースにおいて、最高裁は、昭和53年9月7日判決において述べられた要件を満たさないという理由を述べていたが、では、どのような場合に排除法則が適用されるのか、その要件が満たされる具体的な場合は、どのような場合であるのか。後の最高裁が、証拠排除に至らないと判断した際に考慮した事情について、手短に述べる。

昭和63年9月16日決定<sup>16</sup>では、捜査の手順の誤り、有形力の行使には暴力的な点がなかったこと、捜査官において令状主義に関する諸規定を潜脱する意図があったとはいえないこと、証拠獲得をした採尿手続は被告人の任意によって行われたことが考慮された。

平成6年9月16日決定<sup>17</sup>は、被告人に覚せい剤事犯の疑いがあったこと、安全な運転が不可能なおそれがあるという交通危険の防止の必要性があったこと、被告人が任意同行の説得をかたくなに拒否し続けたこと、強制採尿自体は、その令状の疎明資料が問題となっている留め置きが違法となる前の段階の適法なものであったことが考慮された。

平成7年5月30日決定<sup>18</sup>では、違法な自動車内の検査とそれによって発見された覚せい剤を理由とした現行犯逮捕に基づいた採尿手続は、違法状態を直接利用し、引き続いておこなわれたものであるから、違法とされたものの、被告人が警察署への同行に任意に応じたこと、採尿手続自体は強制によるものではなかったことが考慮された。

続く平成8年10月29日決定<sup>19</sup>では、被疑者に対する捜査官の暴行が問題となったが、これは、証拠物の獲得後の行為であり、捜査官の行為と証拠獲得手段との間には直接の関係がないということが考慮された。

---

<sup>14</sup> この後の最高裁の判断においては、この「同一目的」と「直接利用」について、明らかな言及をしないものがあるが、これらは表現上の違いがあるのみであって、その判断方法が、昭和61年4月25日判決と異なるものではないと考えられる。今崎幸彦「採尿手続に違法があっても尿の鑑定書の証拠能力は肯定できるとされた事例」法曹時報49巻9号2527-2528頁参照。

<sup>15</sup> 加藤克佳「違法収集証拠排除法則」法学教室245号40頁、佐藤文哉「判例クローズアップ違法収集証拠排除の新局面—最高裁平成15.2.14第二小法廷判決」法学教室275号39頁など参照。

<sup>16</sup> 最高裁昭和63年9月16日第二小法廷決定（刑集42巻7号1051頁）。

<sup>17</sup> 最高裁平成6年9月16日第三小法廷決定（刑集48巻6号420頁）。

<sup>18</sup> 最高裁平成7年5月30日第三小法廷決定（刑集49巻5号703頁）。

<sup>19</sup> 最高裁平成8年10月29日第三小法廷決定（刑集50巻9号683頁）。

以上の最高裁の判断を見ると、いずれも、先行する手続と証拠獲得までを一体として評価しており、混然としていて、先行手続と証拠獲得手段を明確に分離してそれぞれに言及するというかたちはとられていない。そこで、このようななかで述べられた要素を挙げるとすれば、①有形力の行使の程度、②嫌疑の濃厚性、③捜査官の主観的要素、④証拠獲得手段自体の違法性、⑤違法な先行手続と証拠獲得手段の間の直接的関係、⑥行為の必要性、そして、⑦その他の事情、となる。これらは各ケースにおいて様々な文脈で述べられており、また、これらすべてについて言及がされているわけでもなく、実際に排除に至るには何を考慮すべきか、ということは、曖昧なままであった。

平成15年2月14日判決は、これを、多少なりとも明らかにしたといえる<sup>20</sup>。このケースは、次のようなものであった。窃盗罪での逮捕令状を持たずに被告人宅に赴いた捜査官が、被告人を路上で制圧し逮捕した後、警察署にて逮捕状を呈示したが、捜査官は、逮捕状と捜査報告書に逮捕状を呈示して逮捕した旨記載した。その後、被告人は、任意の採尿に応じ、その鑑定の結果、覚せい剤成分が検出され、これを疎明資料として覚せい剤取締法違反被疑事件について被告人宅を搜索場所とする搜索令状が発付された。この搜索令状と併せて、既に発付されていた窃盗被疑事件についての搜索令状に基づいて、搜索がされた結果、覚せい剤が発見され、差し押えられた。窃盗の事実だけでなく、覚せい剤自己使用及び所持で被告人は起訴され、逮捕手続の違法性が争われた。被告人側の、逮捕現場において逮捕令状の呈示がなかった、という主張に対し、逮捕行為を行った捜査官は、逮捕状を現場で呈示し、被疑事件の要旨を読み聞かせたという、偽りの証言をした。また、この一連の手続の結果得られた証拠物の証拠能力についても、争われた<sup>21</sup>。

本件においては、最高裁は、任意の採尿の結果得られた尿の鑑定書については、排除法則を適用し、証拠排除の判断を下した。その際に、逮捕手続を違法とし、それを糊塗しようとする逮捕状および捜査報告書への虚偽記載と、公判廷における虚偽証言を認めたうえで、次のように述べた。

「本件逮捕には、逮捕時に逮捕状の呈示なく、逮捕状の緊急執行もなされていない（逮捕状の緊急執行の手続が執られていないことは、本件の過程から明らかである。）という手続的な違法があるが、それにとどまらず、警察官はその手続的な違法を糊塗するため、前記のとおり、逮捕状へ虚偽事項を記入し、内容虚偽の捜査報告書を作成し、更には、公判廷において事実と反する証言をしているのであって、本件の経緯全体を通して表れたこのような警察官の態度を総合的に考慮すれば、本件逮捕手続の違法の程度は、令状主義の精神を潜脱し、没却するような重大なものであると評価されてもやむを得ないものといわざるを得ない。そして、このような違法な逮捕に密接に関連する証拠を許容することは、将来における違法捜査抑制の見地からも相当でないと認められるか

<sup>20</sup> 最高裁平成15年2月14日第二小法廷判決（刑集57巻2号121頁）。

<sup>21</sup> 検察官の上告趣意のうち、最高裁判例が証拠排除の要件としてきた重大な違法はなく、違法捜査抑制の見地から排除相当性も認められないのに、証拠排除を相当と即断した点、また、証拠収集後の捜査官の対応を理由として証拠排除を認めた点において、最高裁判例の違反があるという点については、事案を異にする判例の引用であるから適切ではなく、また、その他の点については単なる法令違反の主張なので、適法な上告理由にはあたらないとされた。そのうえで、最高裁が、職権判断を行った。

ら、その証拠能力を否定すべきである。」

「前記のとおり、本件採尿は、本件逮捕の当日にされたものであり、その尿は、上記のとおり重大な違法があると評価される本件逮捕と密接な関連を有する証拠であるというべきである。また、その鑑定書も、同様な評価を与えられるべきものである。」

以上のように、尿とその鑑定書は証拠排除されたのであるが、その際、逮捕という先行手続との「密接な関連」についての言及がなされている。この密接な関連というのは、昭和61年4月25日判決が「同一目的」「直接利用」と表現したのと同様に、いわゆる「因果関係」をあらわしているものと考えられる。この「同一目的」と「直接利用」のうち、「同一目的」という点については、本件では、窃盗罪と覚せい剤事犯という別の犯罪に向けられている捜査行為であるので、同一目的とはいえないが、そもそも、昭和61年4月25日判決においても、この同一目的というのは個別的事例でこの点について言及されていたのであって、重要であったのは「直接利用」という点であったのだと考えられる<sup>22</sup>。このように解すると、最高裁は、直接に利用したという「密接な関連」を、証拠排除決定の際の判断要素と考えているということになるのであろう。

また、重大な違法があったと判断する際に、本件においては、捜査官の法無視の態度が非常に重視されているように見受けられる。本件に至るまでの判例において、最高裁は、捜査官の主観的要素を、証拠排除の判断についての一要素としてきたが、その考慮が違法の重大性を否定する方向へと働いていた。一方、本件においては、証拠排除に至る方向へと働いている。ただし、本件における捜査官の法無視の態度というのは、どの点を判断要素としているのかが問題であろう。つまり、逮捕令状と捜査報告書への虚偽記載という捜査過程における法無視の態度であるのか、それとも、公判廷における虚偽証言という捜査過程以後の法無視の態度をも含めるのかという問題である。これまでは、捜査過程における捜査官の主観的意図が判断対象とされてきたことに鑑みれば、本件においても、捜査過程における法無視の態度のみを判断対象とするべきであると考えられる<sup>23</sup>。従って、虚偽証言についての言及は、それまでの捜査過程における捜査官の法無視の態度を強調するためになされたものと解すべきである<sup>24</sup>。あくまでも、強調のために用いられたのであって、手続の

<sup>22</sup> 田口守一発言「《座談会》排除法則の現状と展望」現代刑事法第5巻第11号18頁と同旨。また、同じ座談会において、山崎学判事は、「たまたま同一目的であり直接利用をしていたから使っただけであって、はじめから昭和61年判決が同一目的・直接利用ということを非常に重視していたのではないのではないか」と述べられている。

<sup>23</sup> 証拠排除に至らないと判断した最高裁判例のうち、捜査官の主観面に言及したものとして、以下が挙げられる。昭和53年9月7日判決は所持品検査について「警察官においては、令状主義に関する諸規定を潜脱しようとの意図があったものではなく」と述べ、昭和61年4月25日判決は明確な承諾のないまま被告人宅に立ち入った行為について「警察官には当初から無断で立ち入る意図はなく」とし、昭和63年9月16日決定は一連の捜査手続について、「令状主義を潜脱する意図があったとはいえない」、そして、平成6年9月16日決定は被告人に対する長時間の現場での留め置きについて「警察官に当初から違法な留め置きをする意図があったものとは認められない」とした。

<sup>24</sup> 朝山芳史「時の判例」ジュリスト1249号145頁、石井一正「最新重要判例評釈(108)」現代刑事法6巻4号75頁と同旨。



違法性を増強するものではない<sup>25</sup>。また、もうひとつの解釈としては、捜査過程における違法は重大ではないが、公判廷における法無視の態度が許されざるものとして、端的に将来の違法捜査のおそれから、これを抑止する必要があるとして排除相当性を導いたのだという解釈もあるが<sup>26</sup>、文脈上、これについては若干の疑問がある。

以上のように解すると、証拠排除の要件としての「違法の重大性」が、先行する違法な逮捕手続と後の証拠獲得手続との間の因果関係、および、捜査官の法無視の態度から満たされ、そのような重大な違法がある場合には、当然に「排除相当性」が満たされることとなり、結果、証拠排除となったのではなかろうか。従って、上述の要素のうち、捜査官の主観的要素（前述の要素の③）と因果関係（同⑤）が強調された。従前の判例は、様々な要素に言及してきたが、本件においては、それらへの言及がなく、特にこの二つの要素に着目がされた。このことは、従前の判例では、職務質問とそれに伴う所持品検査等の任意捜査に端を発し、それが問題とされたものが多かった一方で、本件は、令状を呈示せずに逮捕行為に及んだことに端を発したという事案であり、性質を異にするという点によるものと考えられる。

そして、本件においては、搜索の結果得られた証拠物である覚せい剤も問題となっているが、これは、証拠排除に至っていない。

「…本件覚せい剤の差押えは、司法審査を経て発付された搜索差押許可状によってされたものであること、逮捕前に適法に発付されていた被告人に対する窃盗事件についての搜索差押許可状の執行と併せて行われたものであることなど、本件の諸事情にかんがみると、本件覚せい剤の差押えと…（尿の）鑑定書との関連性は密接なものではないというべきである。したがって、本件覚せい剤及びこれに関する鑑定書については、その収集手続に重大な違法があるとまではいえず、その他、これらの証拠の重要性等諸般の事情を総合すると、その証拠能力を否定することはできない。」というのである（括弧内は筆者による）。これは、派生証拠の問題として、議論の対象とされている箇所である。この派生証拠たる覚せい剤を証拠として許容する理由としては、司法審査を経た搜索差押許可状によって獲得されたものであることと、既に発付されていた窃盗罪についての搜索差押許可状と併せてこれが執行されたという二点が挙げられている。

まず、第一の理由についてであるが、司法審査を経るということが、一次証拠と派生証拠との間の違法性を遮断するものであろうか。これを遮断すると解する立場からは、令状審査の段階においては、迅速な判断が要求され、このときに排除法則は適用されない。令状審査における疎明資料のうち、排除されるべきものがあっても令状発付については影響しないと考えられている<sup>27</sup>。

<sup>25</sup> 朝山芳史「最高裁判所判例解説」法曹時報第56巻第12号243－244頁と同旨。理由としては、本件逮捕手続や採尿手続から、捜査官の公判廷における虚偽証言との間に、1年以上の時間が経過していることが挙げられる。

<sup>26</sup> 田口発言・前掲注釈22, 17頁。

<sup>27</sup> 河村博・捜査研究35巻7号61頁、朝山・前掲注釈25, 250頁参照。

また、これを遮断でなく、希釈するものと解することもできる。迅速を要する令状審査の性質上、当該令状発付については違法とされないが、それと証拠排除とは分離して考え、毒樹の果実論における「希釈法の法理」を適用すると解し、令状発付という行為が、違法性を希釈すると考え得る<sup>28</sup>。

また、第二の理由については、毒樹の果実論における「不可避的発見の法理」が連想される。問題となっている覚せい剤についての搜索差押許可状によらずとも、既に発付されていた窃盗に関する搜索差押許可状が執行されていれば、覚せい剤も発見されていただろうと考えられるからだ。しかし、そもそも、不可避的発見の法理は、問題となっている証拠獲得の手段が、違法であるとの前提に立つものであるからには、この法理を適用したとは考え難い<sup>29</sup>。従って、窃盗についての搜索差押許可状と併せて執行されたということが、直ちに証拠を許容する理由となり得るのかそれ自体が問題となるように考えられる。

以上のような考慮から、本件において、派生証拠たる覚せい剤の証拠能力を肯定するにあたっては、第一の理由と第二の理由を併せて総合的に評価し、一次証拠と派生証拠の間の因果関係を「ない」とはいえないまでも、「薄めた」程度の評価をしたからこそ、違法を重大とまではいえないという結論に至ったのではないかと考えられはしまいか。このような派生証拠の取り扱いについては、我が国においては、いままじの吟味を必要とするであろう。

以上、最高裁は、証拠排除をする要件としては、引き続き、昭和53年9月7日判決の示した「違法の重大性」と「排除相当性」を考慮しており、また、この要件を満たしているか否かという判断にあたっては、先行する違法手続とそれに続く証拠獲得手段との間の因果関係と、捜査官の主観面を中心に考慮したということになる。また、派生証拠については、明確な理論は不明ではあるが、総合的な事情の評価から派生証拠における違法性が薄められ、違法の重大性を否定するというアプローチを採用したように考えられる。

### 3. 排除法則の現状

以上のような判例が示された後に、証拠排除が問題となったケースが2件ある。1件は、証拠排除が行われた直後のケースであり、もう1件は、それから5年以上の年月が経過した、比較的最近のケースである。両ケースとも、結果としては、証拠排除を否定し、証拠を許容しているが、排除の要件を明らかにするうえでは、検討すべきケースである。

まず、平成15年2月14日判決の直後のケースとして、最高裁平成15年5月26日第一小法廷決定（刑集57巻5号620頁）がある。本件においては、ホテル料金不払いと薬物使用の疑いがある被告

<sup>28</sup> 朝山・前掲注釈25, 250頁参照。

<sup>29</sup> 田口発言・前掲注釈22, 20頁。See *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984)。また、「わが国においては、相対的排除法則が採用されているので、『不可避的発見の法理』がそのまま妥当すると解する必要はなく、この法理が働くような場合には、違法行為と証拠収集との関連性が欠けると解すれば足りよう」とする見解（朝山・前掲注釈24, 146頁）がある。

人のいる客室に捜査官が赴き、被告人がドアを閉めようとしたので、これを押し開けその敷居に足を踏み入れてドアが閉められるのを防止した措置が適法とされた。これに続く職務質問で覚せい剤事犯についての嫌疑が飛躍的に高まったことから、暴れる全裸の被告人を約30分間制圧し、明示的な承諾のないまま客室テーブル上の財布について所持品検査を行い、覚せい剤を発見し、それに基づいた令状によって採尿をしたというものである。最高裁は、証拠を許容したが、このとき、被告人が不可解なことを口走り手に注射器を持っており、覚せい剤取締法の前歴を有することが判明していたという覚せい剤事犯の嫌疑の濃厚性、覚せい剤が現存する蓋然性、証拠散逸のおそれによる緊急性、所持品検査の態様は床に落ちていた財布から抜き出したという限度にとどまるという理由で、所持品検査を適法とした。

また、所持品検査にあたって、全裸の被告人を制止していた行為については許容限度を超えてはいるが、被告人の行為が公務執行妨害を構成する可能性等を挙げ、また、暴れる被告人に対応するうちにこれを継続する結果となったのであるから、令状主義潜脱の意図もなかったという理由から、証拠排除に結びつくものではないと断じた。採取された尿についても、覚せい剤は排除されないから、排除を問題とする余地はないと結論したのであった。

本件においては、所持品検査の態様についての言及が多くなされており、また、その行為自体が違法とはされていない。従って、証拠排除について重要な点は、捜査官の制止行為の適法性ということになるが、このとき考慮された要素は捜査官の主観面であり、これ以外の要素については言及がなされていない<sup>30</sup>。

この約5年後に出されたのが、最高裁平成21年9月28日決定である<sup>31</sup>。本件は、次のような事案であった。かねてから覚せい剤密売の嫌疑で有限会社Aに対して、内偵捜査をすすめていた捜査官らは、A社の関係者が暴力団関係者との間に宅配便による麻薬取引を行っているという疑いを抱いた。そこで、宅配便業者に対し、A社宛の宅配便荷物の配達状況について照会等をしたところ、A社に短期間で多数の宅配便が届けられていることや、配送伝票の一部に不審な記載があったことから、捜査官らはA社宛の荷物のうち不審なものを借り受け空港内税関においてエックス線検査をしたところ、全5回の検査のうち2回目以降の検査において、細かい固形物が均等に詰められている袋の射影が見られた。これらの荷物は検査後、宅配便営業所に返却されてA社に配達された。なお、この検査についての同意は、宅配便業者からのみ得られていたものであり、荷送人と荷受人に確認はしていなかった。そこで、本件エックス線検査が違法捜査ではないか、その検査に基づき得られた搜索差押許可状によって獲得された証拠は許容されるべきではないのかということが争われた。

最高裁は、本件のエックス線検査について、次のように述べた。

<sup>30</sup> 笠井治・現代刑事法6巻5号88頁。「…令状主義潜脱の意図すなわち捜査機関側の主観が、重大な違法及び排除の相当性判断に影響するという従来の立場が再確認されている。」

<sup>31</sup> 最高裁平成21年9月28日第三小法廷決定（刑集63巻7号868頁）。

「…本件エックス線検査は、荷送人の依頼に基づき宅配業者の運送過程下にある荷物について、捜査機関が、捜査目的を達成するため、荷送人や荷受人の承諾を得ることなく、これに外部からエックス線を照射して内容物の射影を観察したものであるが、その射影によって荷物の内容物の形状や材質をうかがい知ることができる上、内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であって、荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害するものであるから、検証としての性質を有する強制処分にあたるものと解される。そして、本件エックス線検査については検証許可状の発付を得ることが可能だったのであって、検証許可状によることなくこれを行った本件エックス線検査は、違法であるといわざるを得ない。」

本件のように、捜査目的によってエックス線の検査を行うことについて、荷物のプライバシー権等を有し、それを期待しているはずの荷送人又は荷受人の承諾を得ておらず、しかも、承諾を得ようともせず無断で行ったということは、いうまでもなく、任意捜査の範囲を超えたものだと言わざるを得ないであろう。

更に、最高裁は、本件の証拠は、このエックス線検査に基づいて得られた搜索差押許可状によって行われた搜索において、エックス線検査を受けた荷物の中身とA社関係者の居室内から発見されたものであるので、違法なエックス線検査と関連性を有するということを認めながら、次のようなことを述べた。

「しかしながら、本件エックス線検査が行われた当時、本件会社関係者に対する宅配便を利用した覚せい剤譲受け事犯の嫌疑が高まっており、更に事案を解明するためには本件エックス線検査を行う実質的必要性があったこと、警察官らは、荷物そのものを現実占有し管理している宅配便業者の承諾を得た上で本件エックス線検査を実施し、その際、検査の対象を限定する配慮もしていたのであって、令状主義に関する諸規定を潜脱する意図があったとはいえないこと、本件覚せい剤等は、司法審査を経て発付された各搜索差押許可状に基づく搜索において発見されたものであり、その発付にあたっては、本件エックス線の結果以外の証拠も資料として提供されたものとうかがわれることなどの諸般の事情にかんがみれば、本件覚せい剤は、本件エックス線検査と上記の関連性を有するとしても、その証拠収集過程に重大な違法があるとまではいえず、その他、これらの証拠の重要性等諸般の事情を総合すると、その証拠能力を肯定することができると解するのが相当である。」

本件においては、証拠排除をするか否かの判断に際して、「違法の重大性」という要件についての言及はあるが、「排除相当性」については、明確な言及はないことに着目したい。まず、「違法の重大性」については、これを否定する要素として、嫌疑が高まっていたこと（前述の要素の②）、事案解明のための実質的必要性があること（同⑥）、占有者である宅配便業者の承諾を得ており検査の対象を制限していたので令状主義潜脱の意図が認められないこと（同③）、司法審査を経た令状によって覚せい剤が差し押さえられていること（同④及び⑤）、そして、令状発付にあたっては他の資料も提供されていたこと（同⑦）という、多くの事情が総合的に判断された。そして、証拠

の重要性についても言及されている。

これらのうち、事案解明のための実質的必要性について、任意捜査として行うにあたって従来述べられてきた必要性との違いを明らかにしなければならない。従来の判例は、任意処分については、「必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度」において許容されるとしてきた<sup>32</sup>。これまでは、「必要性」と述べられてきたものが、本件においては「実質的必要性」と表現されている。

第一審においては、このような語は表れていない。本件エックス線検査を、内容物の形状や材質について伺い知ることができる点で、荷送人と荷受人の私的領域に一步踏み込み、プライバシー等を侵害するものとしながらも、その内容物を具体的に特定することは不可能であるので、その侵害の程度は極めて軽度であり、任意捜査として実施しようとした。任意捜査であっても、その捜査方法を用いることが必要であるとされた具体的な状況を検討して、真に相当と認められる限度においてのみ許容されるが、本件においては、宅配便による覚せい剤の送付を受けている嫌疑が相当高まっており、その事実を解明する方法としては、エックス線検査をして内容物の形状・材質を窺い知り、それが覚せい剤様の物であることが窺われた場合には、更なる捜査を行うのが適切であり、他には有効な方法があったといえない、また、捜査機関においては、検査対象を限定しようとの配慮があったとした。そして、第一審の大阪地裁は、次のように述べた。

「以上を総合すれば、エックス線検査を実施しようとした時点において、…（A社の関係者らが）宅配便による大規模な覚せい剤譲受けに関与しているとの嫌疑があり、エックス線検査の実施による荷送人・荷受人のプライバシー等の侵害の程度がそれほど高くないのに対し、この方法によらなければ、大規模な覚せい剤譲受け事犯の真相を解明し、更なる証拠を収集して、犯人検挙に至ることが困難であるという状況下において、本件のエックス線検査が行われたものである。また、その実施方法自体に不相当と思われる点はない。」（括弧内は付け加えた。）

以上のように、第一審においては、「実質的必要性」という言及はなされておらず、任意処分を適法と判断するための「必要性」が肯定された。

その後、第二審の大阪高裁も、この第一審の判断を維持し、被告側弁護人の、違法収集証拠として排除すべきという上告趣意に対し、第一審と同様の理由により「本件のエックス線照射は任意捜査として許容される限度のものというべきである」と述べた。それ以上の言及はなされておらず、「実質的必要性」という文言も見当たらない。

ところが、最高裁は、突然、この「実質的必要性」という文言を用いた。これらの第一審・第二審と、最高裁の判断の間には、どのような違いがあるかを検討しなければならないのであるが、第一審・第二審は、プライバシー等の侵害の程度を軽度であると判断したのに対し<sup>33</sup>、最高裁は、プライバシー等を大きく侵害すると判断し、そして、このような捜査方法は、任意捜査としては認め

<sup>32</sup> 最高裁昭和51年3月16日第三小法廷決定（刑集30巻2号187頁）。

られず、強制捜査であるという判断をした。特に、プライバシー等の侵害の程度についての評価が分かれたことが、エックス線検査が任意捜査か強制捜査かについての判断を分けたのだと考えられる<sup>34</sup>。更に、最高裁は、これを違法な強制捜査であると断じているが、対して、これまで、違法収集証拠を問題とした前述の様々なケースにおいて、捜査官らが任意捜査として行った行為は、これまで任意捜査として認められ、そのうえで違法があるという判断をされたというものであって、判断の性質は大きく異なる。しかし、両者とも、その結論としては、証拠排除に至っていない。従前のケースにおいては、違法ではあるが、任意捜査の「必要性」が認められるので、違法の重大性に結びつかず、証拠排除に至らないとしていたものが、本件においては、強制捜査についての違法の重大性の判断を行わなければならなかった。そこで、これについての重大な違法性を否定するための要素として、違法な強制捜査についての「必要性」を断言することには躊躇があったのではないかと考えられる。従って、一步退いたかたちで、「実質的」という文言を付け加えたのではないだろうか。

また、事案解明の手段としては、この方法「しか」なかったというものでもなく、令状発付を請求することも可能であった。本来であれば、検証許可状の発付を受けるべきであったし、それが不可能であったという差し迫った事情もあったようには考えられず、また、本件エックス線検査の適法性の評価の箇所でも言及されているように、検証令状を得ることが可能であったのだから、実質的必要性を認めたこの判断については、疑問が残る。また、捜査官の主観的要素についても、いく

<sup>33</sup> プライバシー等の侵害の程度が低いということには、大きな疑問がある。このように、権利侵害の程度によって任意捜査か強制処分を区別することに対しては、任意処分の範囲を拡大し、令状主義の妥当範囲を狭める点で問題があり、また、荷物が梱包されている以上は、第三者がその内容物について窺い知り得ないこともプライバシーの一環として正当に期待し得るとして、本件におけるプライバシー等の侵害の程度が軽度であるという判断には、疑問があるとするものとして、豊崎七絵「捜査としてのエックス線検査」法学セミナー637号118頁。

<sup>34</sup> 正木裕史「配達途中の荷物のエックス線検査」法学セミナー660号128頁と同旨。また、「本件検査による射影写真は、捜索差押許可状請求の疎明資料となる程度には具体的なものであったであろうことなども考えれば、判例規範を前提としたうえでこの結論は支持し得る」とされているが、たしかに、このような点からも具体的な内容物の特定ができないことを理由にプライバシー等の侵害の程度が軽微であるとした第一審・第二審の判断より、最高裁の判断が妥当であったと考えるべきである。ただし、正木准教授は、本決定の違法の重大性を認めないという結論に対しては、「これは端的に令状に基づかない強制処分を行った違法があると言わざるを得ない事案で関連証拠を排除しない相対的排除論自体への疑問につながるものであろう」という批判をしている。その一方、捜査実務においては、科学技術の発展等に伴い、プライバシー等に対して一定の制約を課す捜査に対する検討は今後もあり得、将来的に本件のような論点が生じ得ることをも踏まえた上での検討が必要であり、本決定は、そのような場合の判断手法等の一例を提供するという意味で、実務上重要な意義を有するとして、本決定の結論を妥当なものとする見解もある。小玉大輔「捜査官が荷送人・荷受人の承諾を得ることなく実施した宅配便荷物のエックス線検査を違法であるとしつつ、当該検査により得られた証拠の証拠能力を肯定した事例」警察公論65号4巻95頁。しかし、科学技術の発展に伴う捜査手法の発展を考慮するのであれば、様々な重大な権利への制約が今後も生じ得るのであり、そうであれば、尚更、違法の重大性の判断については慎重にならなければならない。本決定は、違法な強制処分であっても証拠排除はなされないという一例を示すことになったという点で、問題があるように思われる。

つかの問題点があるように考えられる。即ち、宅配便業者は現に荷物を占有している者ではあるが、荷物の中身についてのプライバシー権という観点からは、現実には占有しているという理由だけで、宅配便業者の承認を得たのみであったということは正当化され得ず、荷送人や荷受人の承諾を求める必要性があったのではないかと考えられる。また、検査対象の制限をする配慮をしていたとの点であるが、これは、捜査の効率化の観点からも当然に、A社宛の荷物をくまなく検査するのではなく、疑わしい荷物に限るのが当然であろうことから、この点が考慮されるべきであるのかについても疑問が残るのである。また、これらのような事情から、捜査官においては令状主義を潜脱する意図が認められないと評価されたのであるが、この点にも問題があるように考えられる。本件においては、検証許可状の発付を得ることが可能であったと考えられるにもかかわらず、その発付を得ず、任意捜査の一環として、その荷物の中身についてプライバシー権を有する荷送人や荷受人の承諾もないまま、検証と同視しうるような検査が行われたのであって、このような状況から鑑みるに、令状主義潜脱の意図がなかったとは言い難いのではないか。むしろ、これらの状況は逆に作用し、令状潜脱の意図があったということを認めることになるのではないか。

加えて、司法審査を経ているという事情に言及がされている。この点は、平成15年2月14日判決において述べられたことを参考としているのではないかと考えられる。先行手続としての違法なエックス線検査とその後の搜索差押の間の密接な関連（因果関係）を否定する事情として考慮されたのではなからうか。また、他の資料も搜索差押許可状の疎明資料として提供されたという点も大きく影響しているのではないかと考えられる。仮に、エックス線検査の結果を疎明資料として提出していなかったとしても、他の疎明資料によって、搜索差押許可状は発付されていたであろうと考えられたのではなからうか。このようにみると、毒樹の果実論における「独立入手源の法理」が参考とされたようにも解しうる。平成15年2月14日判決が、「不可避的発見の法理」を適用したと考えるのは、先行手続を違法と断じるという前提を欠いているために、不適切ではないかということには既に述べたが、本件においては、先行手続たるエックス線検査は違法とされているので、「独立入手源の法理」が参考にされたと解することも可能であろう。

しかし、そうであるとすれば、端的に、司法審査を経た令状に基づいた搜索であったので、違法な検査とは因果関係を有しないということと、捜査官の主観的要素を理由として、覚せい剤を証拠採用すると判断することもできたのではないか。違法な先行手続と後の証拠獲得手続の間の違法を薄めるという平成15年2月14日判決の手法をそのまま使用することも可能であったはずだ。

ともかくも、本件においては、以上のように「違法の重大性」についての明確な否定の文言はあるものの、「排除相当性」についてはこれまでの判例におけるような明らかな言及はない。最後の「その他、これらの証拠の重要性等諸般の事情を総合すると、その証拠能力を肯定することができると解するのが相当である。」という箇所において、相当性の判断をしているようにうかがえるが、証拠が重要であるから証拠排除しないという理論は、相当性判断においては適切ではない。「排除相当性」は、昭和53年9月7日判決でいわれたとおり、将来の違法捜査抑制の見地から検討され

るべきものである<sup>35</sup>。捜査側にとっては、証拠の重要性が高ければ高いほど、排除されたときの不利益が大きいはずであるから、より抑止に働くと考えられ、排除相当性を否定するものではない。むしろ、証拠の重要性は、「違法の重大性」を否定することに馴染みそうである。

仮に、本件において、将来の違法捜査の抑止からの「排除相当性」が検討されていないと解すると、これまで争いのあった重畳説と競合説は、それぞれどのように考えられるのであろうか。重畳説は、いずれの要件も満たさなければならないと考えるので、片方の要件である「違法の重大性」を満たさないと断じてしまえば、わざわざ「排除相当性」についての言及がなくとも、その時点で、証拠排除には至らないという結論となるであろう。特に、この二つの要件が、殆ど、同義反復以上の意味を持ち得ないと考えれば、なおのこと、「排除相当性」についての明確な言及がなくともよいということになる。一方で、競合説からはどのように説明できるであろうか。競合説によれば、どちらかの要件を満たせばよいと考えられているため、「違法の重大性」が認められなくとも、「排除相当性」について別個に検討し、証拠排除をするか否かを判断すべきである。しかし、本件においては、将来の違法捜査の抑止の見地からの「排除相当性」についての検討はない。従って、競合説からの説明は困難であると考えられる。これまで、最高裁は、証拠排除が問題となったケースにおいて、「違法の重大性」が認められず、将来の違法捜査抑止の見地からも「排除相当性」は認められないとして、両要件に関する言及をしてきたが、以上のように考えれば、それは、注意的に両方への言及をしていたに過ぎないと解することが可能ではなからうか。しかし、本件は、証拠排除を否定した事案である。証拠排除をする際に、片方の要件だけへの言及しかなかったというものではないので、最高裁がどちらの説に立っているかについては、未だ断定が不可能であるといえる。

#### 4. 検討

##### (1) 排除法則の根拠について

最高裁は、昭和53年判決において、法的根拠のみについて明言し、排除法則は、憲法上の問題ではなく刑事訴訟法上の問題であると示した。この点に、いかなる意義があるか。排除法則を憲法上の問題としてしまえば、違法であると断じた手段によって得た証拠の許容は、かなり困難になるであろう。学説で主張されているような憲法31条および憲法35条に法的根拠を求めるという立場に立てば、その保障を確かなものにするという働きを重視することとなるので、捜査官の搜索差押の違法性の有無についても、非常に踏み込んだ判断をしなければならないということになる。従って、証拠排除の可能性は高まるという結果になるであろう。この立場は、憲法31条とそれをうけた刑事訴訟法1条の求めるような適正且つ公正な手続に馴染むものではあるが、その一方で、刑事訴訟法の目的である真実発見との関係では、相反する。

真実発見に重点を置けば、仮に、争われている証拠が被告人の有罪を立証する唯一の証拠である

<sup>35</sup> 石川雅俊「排除法則における主観的事実の考慮について」法学会雑誌第51巻第1号245頁と同旨。



場合には、その証拠の排除によって、被告人は無罪となってしまう、真実は究明されないままに終わってしまうことは、避けるべきことであり、証拠排除には否定的にならざるを得まい。そこで、排除法則を刑事訴訟法上の問題としてしまえば、その判断には様々な要件を課すことができ、比較的、証拠の許容をしやすくなる。アメリカ判例においても、この手法は採用されている。アメリカにおいては、当初、排除法則は憲法上の問題であるとされたように見えたものの、年月を重ねるうちに、司法によって創造された救済策であるという理解が連邦最高裁自身によって示されるようになった。その結果、善意の例外等、排除法則における例外則が発展している。我が国の最高裁は、採用を明言した段階から、排除法則を刑事訴訟法の解釈の問題であると明言したので、例外則の採用を待つまでもなく、証拠排除は妨げられ易くなるであろう。従って、我が国の最高裁の立場からは、証拠排除がなされるまでに、違法捜査であるという以外の要件が課される。

## (2) 排除の要件について

我が国の最高裁は、前述のとおり、要件として「違法の重大性」と「排除相当性」の二つを示した。これまでの最高裁判例においては、この両者の関係性が明らかではなかったが、平成21年決定からは、これらは重疊的な関係に立っているのではないかと推測することができた。重疊的な関係に立つとはいえ、この両者の要件は、それぞれ、排除法則の根拠を踏まえて考察されなければならない。

まず、第一の「違法の重大性」は、令状主義の精神を没却する「ような」重大な違法ということであるから、それは憲法違反レベルの違法及びそれに準じる程度の違法が認められることを必要とする。

この違法の重大性を検討する際に考慮されてきたのは、これまで、①有形力の行使の程度、②嫌疑の濃厚性、③捜査官の主観的要素、④証拠獲得手段自体の違法性、⑤違法な先行手続と証拠獲得手段の間の直接的関係(因果関係)、⑥行為の必要性、そして、⑦その他の事情があった。これに、平成21年決定は、証拠の重大性を加えたようではあるが、この要素は、違法の重大性判断にも排除相当性の判断にも馴染まないと考えられる。このうち、平成15年2月14日判決は、③と⑤に特に着目して、証拠排除をした。その後の平成15年5月26日判決は③を、平成21年決定は、②、③、④、⑤、⑥、⑦を考慮した。要件に該当するか否かの判断に際しては、その要素が明らかであることが強ければ、数少ない要素の検討のみでも十分に判断を下せるということである。その一方で、ほとんどのケースにおいては、多くの要素が列挙されていたが、これは、それぞれの要素が、独立では「違法が重大ではない」ということを判断するには弱すぎるということをあらわしているのだと考えられる。

ところで、③の捜査官の主観的要素は、その判断が極めて困難であるので、より客観的な事情によって判断されなければならない。これを行い得た例が、平成15年2月14日判決であろう。捜査官の逮捕状及び捜査報告書への虚偽記載が、捜査官の令状主義を潜脱する意図を明らかにし、また、その後の事情である公判廷での虚偽証言がその意図が明らかであるということを補強した。他

の要素が客観的であるのに対し、この捜査官の主観的要素のみが行為者の主観面を問うものであるので、特に多くのケースにおいて重視されている。

「違法の重大性」は、昭和53年9月7日判決において述べられたように、令状主義の精神を没却するという程度が認められねばならない。証拠排除の問題を取り扱ったケースのうちの多くが、違法性が疑われる先行手続と、それに続いて行われた証拠獲得手続を一体として評価しているが、このことはこれまで挙げた諸要素にも色濃く表れている。そもそも、証拠獲得手段それ自体を問題とするのであれば、証拠獲得手段自体の違法性が他の要素と同時に述べられるべきではなく、分けて述べられるべきである。そして、他の要素が、先行手続についての評価に限るのか、それとも証拠獲得手段自体のみを評価しているのか、あるいは、その両方であるのかということが明確ではない。本来であれば、因果関係という要素に言及するのであれば、先行手続を違法とし、次いで、その違法の程度を判断し、そして、証拠獲得手段自体の違法性を判断し、その両手続間の因果関係の有無によって、証拠排除をすべきか否かを検討するという手順がとられてよいはずである。

従って、因果関係という要素は、他の要素とは別の性格を有する、即ち、違法な先行手続と証拠獲得手段との間を取り持つものである。他の要素は、先行手続の違法性の程度及び証拠獲得手段が帯びる違法性の程度の両方に働くものであるが、因果関係という要素は、既に述べたとおり、先行手続が重大な違法を有している場合には、例えば証拠獲得手段に違法な要素が存在せずとも、証拠が排除される可能性を示しているのではなからうか<sup>36</sup>。特に、我が国においては、毒樹の果実論を正面から取り扱ったケースはなく<sup>37</sup>、この因果関係という要素は、証拠排除の問題を扱うにおいて、大きな役割を担っている。

また、平成21年9月28日決定によって示された証拠の重要性という観点であるが、これは、違法の重大性を左右する事情とは考えられず、また、もうひとつの排除相当性を検討する際の要素としても馴染まない。これまで述べたように、排除相当性は、将来の違法捜査抑止の観点から検討するものとされているからである。従って、このことは、証拠排除に至らなかったことの理由付けのひとつとして付言されたに過ぎないものであると解する。

これに関連して、第二の「排除相当性」は、将来の違法捜査抑制の見地から証拠を排除することが相当である場合ということなので、憲法で保障された権利を侵害する行為として認められれば、

<sup>36</sup> これに反対するものとして、光藤・前掲注釈6, 162頁、川出・前掲注釈10, 517頁参照。違法な逮捕・勾留中に自白が採取された場合には、違法排除説によれば、自白採取の違法性を問題とせず、端的に自白を排除することや、先行する違法手続に基づいて得られた証拠については、毒樹の果実論が既に存在しているということから、両手続間の因果関係を問題とせずとも、端的に違法行為と因果関係を有する証拠が否定される場合を検討すれば足りるとし、因果関係は、その両者の間の違法の承継を否定するためだけに使用されているに過ぎないとされる。しかし、平成15年2月14日判決を検討する限り、因果関係の働きはそれだけではないように考えられるのではなからうか。

<sup>37</sup> 補足意見で毒樹の果実論について触れた最高裁判例として、最高裁昭和58年7月12日第三小法廷判決（刑集37巻6号791頁）がある。この補足意見は、伊藤正己裁判官による。

そのような行為は抑止されなければならないので、証拠排除によってそのような動機を削ぐことが可能であるが故に、相当となるであろう。また、憲法に違反しているとまではされなくとも、場合によっては、ある程度の重大性が認められれば、相当性が認められる場合も想定され得るが、このときこそ、「排除相当性」の判断が重要となるであろう。例えば、捜査機関全体において、問題となった捜査手法が横行しており、繰り返されているというような現実があるような場合には、当然に抑止の必要性が認められるので、排除相当性についての言及がなされるものと考えられる。排除相当性は、このようにして、違法捜査抑止から導かれるものでなければならない。そして、違法捜査抑止というのは、捜査官個人に向けられたものだけではなく、捜査機関全体の捜査方針へ向けられた教育的効果を有するものであると考えられる。

アメリカでは、排除法則は抑止効のために働く法則として捉えられており、排除法則における例外則が、一律の排除を避けるための手段として採用されている。その際には、排除法則適用におけるコスト本来ならば有罪とされたであろう被告人を無罪放免にってしまう等一と、利益一将来の違法捜査の抑止に働く、憲法上の権利保障を確かなものとする等一の比較衡量がなされている。我が国の最高裁においては、排除法則の根拠という前提を、アメリカ判例のように明らかにしているわけではない<sup>38</sup>。従って、別のアプローチをとってもよい。

### (3) 刑事訴訟法の目的

では、我が国における排除法則に課された役割は何か。その検討の際にこそ、刑事訴訟法1条で述べられている刑事訴訟の目的、真実発見と適正手続とのバランスを図ることという点に着目しなければならない。歴史的な背景からも、我が国においては、真実発見への比重が高く、それは排除法則の採用を明言するまでの最高裁の立場、加えて採用明言後もなかなか適用がなされなかったという現実から見いだされる。ところが、その一方で、適正手続も憲法31条の要請をうけたものであって、同様に重要なものである。従って、これらのうちどちらか一方だけが重視されるということはあってはならないのである。そこで、我が国の最高裁は、適正手続の保障をも重視している態度の表れのひとつとして、排除法則を受け入れたのだと解しうる。排除法則は、二つの目的の調整役として働く。また、違法捜査の抑止効に重点を置いたアメリカの排除法則は、その名宛人が捜査官や捜査機関であると考えられるが、真実発見と適正手続に注目する我が国においては、前述の意味で、名宛人は、捜査官と捜査機関だけではなく、裁判所でもあったと考えられよう。そして、この両者を比較衡量して、どちらに天秤を傾けるべきかという検討をするよりは、両者の均衡を保つ

<sup>38</sup> 昭和63年9月16日決定の時点でも、この点是指摘されていた。即ち、「憲法35条違反がある場合に、憲法上の基本権を無意味なものとしてはならず、政府は憲法典に書かれた基本権を約束として守らなければならない、政府は自己の違法から一切の利益を得るべきではないという、いわゆる『規範論・規範説』に拠って違法排除法理を考えるのか、それとも『抑止効論』や『裁判所の無瑕疵性（完全性）』といった根拠で考えるのかについては、未だ最高裁は態度を明確にしてはいない。」中野目善則「所持品検査及び採尿手続に違法があってもこれにより得られた証拠の証拠能力は否定されないとした事例」法学新報96巻9・10合併号181頁。現在も、この評価は妥当するであろう。

という点から考察されるべきである。昭和53年9月7日判決の文脈からはこう考えることが素直ではないだろうか。

## おわりに

我が国の最高裁は、証拠排除を積極的に行ってはいない。証拠排除をすることで、真実発見という刑事訴訟の目的が阻害されるということがその理由であろう。しかし、排除法則を採用する旨を明言したのであるから、排除法則は、法則として確立されなければならない。最高裁は、排除法則適用の要件として、令状主義の精神を没却するような重大な違法と、将来の違法捜査抑止の見地からの排除相当性の二つを挙げた。証拠の獲得手段それ自体が違法であるという場合には、その手続の違法の重大性及び排除相当性を論じれば足りるが、これまで扱われたケースは、違法な先行手続から証拠獲得手続に続くというケースが多く、このために、要件を満たすか否かの判断に際しては、それらを一体として評価するという傾向にある。それぞれのケースの解決を図るためには、当然のことながら、そのケース独自の状況に照らして判断されなければならないので、ケース毎に考慮される要素は様々であろうが、概ね、前述の七つの要素が総合的に考慮されていることが明らかになった。そのうちでも、捜査官の主観的要素は、令状主義の精神を潜脱するようなものであるか否かを論じる際には、相当重視されているようであり、他の要素が客観的な状況から判断されるものであるなか、異なる性格を有するものである。また、因果関係という要素は、先行手続と証拠獲得手段とが一体となって評価される傾向があり、派生証拠についての毒樹の果実論の採用が明言されていない我が国においては、問題となっている証拠の証拠能力を検討するにあたっては、大きな役割を担っている。それ以外の要素は、いままでのところ、結局は証拠排除を否定するための要素として複合的に働くものに過ぎず、また、令状主義の精神を没却するような違法の重大性という観点に馴染むものばかりでもない。

排除法則の根拠が、刑事訴訟法の目的の解釈から導かれるものであることに鑑みれば、我が国の排除法則は、真実発見と適正手続のバランスを図る手段として用いられなければならない。従って、この排除法則は、捜査官及び捜査機関に向けられたものであるばかりではなく、司法にも向けられたものであることにも注意すべきである。今後、これまで述べられた要素以外に、いかなる要素が加えられようとも、この観点から離れて、その要素を検討するべきではない。本稿においては、以上の点を確認できたように思う。